

# In Nederland te verlijden huwelijkse voorwaarden naar islamitisch recht

Citation for published version (APA):

de Groot, G-R. (1979). In Nederland te verlijden huwelijkse voorwaarden naar islamitisch recht. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, (5500), 681-683.

## Document status and date:

Published: 01/01/1979

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

kan het huwelijksgoederenrecht niet losgekoppeld worden van het huwelijksrecht in zijn geheel, dit weer niet van het personen- en familierecht enz. Om redenen van juridische en praktische aard ligt er dan wel een zware hypothek op de Nederlandse vrouw.

Ik kan het met mr. de Groot eens zijn dat de Christelijke Kerk in Afrika zoekt naar een genuanceerde houding ten opzichte van de polygamie. We moeten echter weten dat dit een tijdsgebonden

kultuurverschijnsel is, samenhangend met een bepaalde economische structuur, vrouwenoverschot, gebrek aan sociale voorzieningen enz. Bezwaar heb ik verder om simultane en succesieve polygamie over één kam te scheuren, ook al dragen ze dezelfde noemer. De realiteit van beide is wezenlijk anders, en de gevolgen daarvan kunnen verstrend werken in de samenleving.

Tot slot geef ik dan nog de redenering van Bourguiba, de president van Tunesië,

weer die met de Koran in de hand pleitte voor afschaffing van de polygamie:

De Koran staat toe meerdere vrouwen te hebben maar slechts op voorwaarde van strikt gelijke behandeling en passend onderhoud. Welnu, in de economie van een moderne staat is die voorwaarde onmogelijk en vervalt. Dus is het hebben van meerdere vrouwen verboden.

## In Nederland te verlijden huwelijkse voorwaarden naar islamitisch recht

MR. GERARD-RENÉ DE GROOT\*

*Mijn in WPNR 5482 en 5483 gepubliceerde opstel over islamitisch recht en islamitische huwelijkscontracten leverde een groot aantal mondelinge reacties op. Het is plezierig, dat mij nu via de redactie van het WPNR ook een schriftelijke reactie bereikte. Die geeft de gelegenheid enkele door mij verdedigde voorstellen nog eens te onderstrepen en – hier en daar – een nuance aan te brengen.*

In mijn artikel stelde ik, dat het aanbeveling verdient in geval van islamitisch-Nederlandse huwelijken akten van huwelijkse voorwaarden te maken, waarin een rechtskeuze voor islamitisch recht (van een bepaald land) wordt gedaan. De mogelijkheid van doen van een dergelijke rechtskeuze in geval van een 'internationaal' huwelijk wordt geboden door het arrest Chelouche-Van Leer (HR 10 december 1976, NJ 1977, 275).

Waarom nu bij islamitisch-Nederlandse huwelijken te kiezen voor toepasselijkheid van islamitisch recht en niet – wat gezien het bekende 'Heimwärtsstreben' voor de hand zou liggen – voor toepasselijkheid van Nederlands recht? Mijn advies steunt op de overweging, dat een keuze ten gunste van het islamitische recht zeer grote kans maakt door de betrokken islamitische staat te worden erkend. De Nederlandse rechter zal deze rechtskeuze in het licht van het zoëven genoemde arrest Chelouche-Van Leer eveneens accepteren. Zou de rechtskeuze door de echtgenoten in spe ten gunste van het Nederlandse recht uitvallen, dan is de kans op erkenning van die keuze in het betreffende moslimland miniem. De keuze voor het islamitische recht verdient daarom aanbeveling in het kader van het streven – zo mogelijk – hinkende rechtsverhoudingen te voorko-

men. Maar dit is niet het enige argument dat pleit voor een dergelijke rechtskeuze. De rechtskeuze voor islamitisch recht opent verder de mogelijkheid om door middel van het opstellen van islamitische huwelijkse voorwaarden de rechten en verplichtingen tussen echtgenoten – zowel op terrein van huwelijksgoederenrecht als op aanverwante gebieden – dusdanig in te kleuren, dat feitelijk een situatie wordt geschapen, die grote gelijkenis vertoont met de juridische positie van echtgenoten in een huwelijk, dat uitsluitend door Nederlands recht wordt beheerst. Wordt nu een islamitische rechter geroepen om recht te spreken met betrekking tot het betreffende huwelijk, dan zal hij niet de regels van het algemene – islamitische – recht van zijn land toepassen, welke voor de (Nederlandse) vrouw zeer onvoordelig zijn, maar primair de regels die zijn neergelegd in de gemaakte huwelijkse voorwaarden.

De op grond van de rechtskeuze gemaakte huwelijkse voorwaarden versterken dus de positie van de Nederlandse vrouw, als door haar in het islamitische land moet worden geprocedeerd. Zonder een dergelijk contract is zij in zo'n geval aan het 'normale' islamitische recht overgeleverd.

Tot zover nogmaals de hoofdlijnen van mijn opstel.

De heer Backx vindt mijn advies om voor toepassing van islamitisch recht te kiezen (gecombineerd met het maken van huwelijkse voorwaarden met inachtneming van de bepalingen van dat recht) 'verkeerd', omdat zo'n pro-islamitische keuze een zware hypothek van juridische en praktische aard op de Nederlandse vrouw legt. Ik neem aan, dat Backx met een hypothek van 'praktische' aard bedoelt, dat het huwelijk (en daarmee de Nederlandse vrouw) door de rechtskeuze, behalve

juridisch, ook sociaal-cultureel en theologisch wordt ingebed in de islam. En waarschijnlijk vindt hij het onwenselijk, dat een dergelijke vrouw dan door een juridische constructie in de richting van de islam wordt geduwd.

De opmerking van Backx raakt mijn betoog op een heel gevoelige plaats. Ik ben hem daarvoor dankbaar, temeer daar ik ervan overtuigd ben, dat meer lezers van mijn opstel soortgelijke gedachten bij zich hebben voelen opkomen. Houdt mijn advies niet – in bepaalde opzichten – een capitulatie in voor de starre houding van sommige landen, die uitsluitend 'rechtskeuzes' erkennen die ten gunste van hun eigen recht uitvallen? En bewerkstelligt het niet, dat niet slechts op juridisch gebied maar ook op sociaal-cultureel en godsdienstig terrein de witte vlag wordt gehesen, vooral nu met name in de islam recht, cultuur en godsdienst onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden? Dit laatste rijpt te meer, nu de islam zich de laatste jaren steeds 'zelfbewuster' gaat opstellen<sup>1</sup> en tegenwoordig uitgebreide missionerende activiteiten – óók in West-Europa – ontplooit. Doorgeredeneerd zouden mijn voorstellen dus in bepaalde opzichten kunnen impliceren, dat onze eigen christelijke – althans op christelijke waarden teruggaande – westeuropese cultuur wordt ondergraven.

\* Wetenschappelijk medewerker van Burgerlijk recht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Vgl. de ontwikkeling in o.a. Iran. Zie onder meer Prof. Dr. A. Wessels, Wat willen de moslims vandaag de dag?, Volkskrant 1 september 1979 en C. J. Blankenburgh, Islam tegen het Westen (De oorzaken van het 'islamitisch revell'), Intermediair 21 september 1979, 39 e.v.

De zoëven aangeduide implicaties van het door mij voorgestelde erken ik. Bij het schrijven van mijn artikel heb ik deze terdege beseft. Niettemin heb ik gesteld, dat een jurist een Nederlandse vrouw, die met een moslim in het huwelijk wenst te treden, dient te adviseren huwelijkse voorwaarden naar islamitisch recht te maken. Het is m.i. immers de taak van deze *jurist* eraan mee te helpen, dat de Nederlandse vrouw in haar huwelijk met die moslim een zo sterk mogelijke *rechtspositie* krijgt. En dat die *rechtspositie* door de voorgestelde huwelijkse voorwaarden aanmerkelijk wordt verbeterd, heb ik – naar ik hoop – in mijn artikel voldoende aangetoond. De sociaal-cultureel godsdienstige hypotheek, die het gevolg van zulke huwelijkse voorwaarden kan zijn, moet dan op de koop toe worden genomen. Bovendien komt het me voor, dat de 'schuld' waaraan die hypotheek accessoir is, niet zozeer door de door mij voorgestelde *juridische* constructie ontstaat, als wel door de *feitelijke* (huwelijks-) relatie van de Nederlandse vrouw met een moslim. Dit neemt uiteraard niet weg, dat onze westerse maatschappij moreel verplicht is mee te helpen bij het aflossen van de eventueel ontstane hypothecaire schuld. Dat is echter een taak, die niet uitsluitend voor juristen is weggelegd, maar waaraan ook – en waarschijnlijk voornamelijk – sociologen en theologen moeten meewerken.<sup>2</sup> De confrontatie van de westerse samenleving met de islamitische vindt slechts voor een betrekkelijk klein gedeelte op juridisch terrein plaats, hoofdzakelijk immers op sociaal-cultureel en godsdienstig gebied.

Wie – anders dan ik – de mening is toegedaan, dat tegen rechtskeuze van islamitisch recht moet worden gewaakt, dient m.i. nog het volgende onder ogen te zien. Op basis van het al vaker genoemde arrest Chelouche-Van Leer is een rechtskeuze op het gebied van huwelijksgoederenrecht in beginsel legitiem. Indien men een rechtskeuze speciaal voor *islamitisch* recht wil tegenhouden, is dit slechts mogelijk via een beroep op de *ordre public*: men dient te stellen, dat onze openbare orde zo'n keuze niet kan accepteren. Zo'n beroep op de internationaalprivaatrechtelijke openbare orde vindt dan haar motiveerend echter niet in de afwijzing van de rechtsgevolgen in concreto. Ik heb in mijn opstel trachten aan te tonen, dat de bepalingen van een islamitische akte van huwelijkse voorwaarden geen strijd met onze openbare orde opleveren. Het inroepen van de *ordre public* vindt dan dus uitsluitend grond in de overweging, dat invloed van het islamitische recht

als dusdanig wegens de sociaal-cultureel-godsdienstige implicaties 'coûte que coûte' moet worden voorkomen. En een dergelijk standpunt is pretentius. In mijn artikel voegde ik aan het laatste woord in ander verband zelfs het adjectief 'grijselijk' toe, zonder daarmee afbreuk te willen doen aan christelijke waarden, waaruit onze maatschappij is voortgekomen. (Ik meen zelfs, dat té grote pretenties wel eens in strijd met een christelijke levensvisie zouden kunnen zijn. Het uitwerken van deze gedachte zou in dit tijdschrift evenwel niet op zijn plaats zijn)

Slechts heel kort wil ik ingaan op hetgeen Backx stelt naar aanleiding van mijn opmerkingen over de polygamie. Het is geenszins mijn bedoeling geweest simultane en successieve polygamie over één kam te scheren, hoewel de term 'successieve polygamie' wellicht wat tendentius was.<sup>3</sup> Ik beoogde uitsluitend erop te wijzen, dat het – op zijn zachtst gezegd – minder overtuigend is zich als Nederlander met een beroep op de *ordre public* tegen polygamie te keren, indien men kan constateren, dat onze maatschappij zelf het beginsel van 'levenslange' monogamie heeft losgelaten. Uitdrukkelijk zie ik ervan af een waarde-oordeel over de polygamie uit te spreken.

In het kader van dit naschrift veroorloof ik mij nog aandacht te vragen voor een probleem, waarop weliswaar Backx niet is ingegaan, maar dat mij van meerdere zijden mondeling is voorgelegd: is het mogelijk de voorgestelde rechtskeuze voor islamitisch recht voorwaardelijk te doen, in dier voege dat men de rechtskeuze en de islamitische huwelijkse voorwaarden maakt onder de voorwaarde, dat (één der) partijen zich in een islamitisch land vestig(en)(t)? Een dergelijke voorwaardelijke keuze zou de hypotheek, waarop Backx attendeert, trouwens aanmerkelijk lichter maken. In Nederland zou de invloed van het islamitische recht geminimaliseerd zijn.

Ik laat na opmerkingen te maken over de vraag, in hoeverre zulke voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden in een islamitisch land moeilijkheden kunnen opleveren. We moeten onder ogen zien, dat aan de erkenning door een islamitisch land van onvoorwaardelijke huwelijkse voorwaarden al heel wat haken en ogen zitten. Het is duidelijk, dat men in geval van koppeling van de werking van de huwelijkse voorwaarden aan de voorwaarde, dat (één der) partijen woonplaats in een moslimland (heeft) hebben, op nog meer moeilijkheden zal stuiten, daar dan evident is dat de mohammedaanse man, indien

en voor zover hij buiten een islamitisch land woonachtig is, zich niet houdt aan de voorschriften van de islam door zich voor dat geval aan niet-islamitisch huwelijksrecht te onderwerpen.

In hoeverre is een voorwaarde als boven bedoeld vanuit Nederlands zicht echter mogelijk? Voor de beantwoording van deze vraag is het zogenaamde conversie-arrest (HR 21-1-1944, *NJ* 1944, 120) van belang. In casu waren huwelijkse voorwaarden gemaakt, waarin werd bepaald, dat er tussen man en vrouw een gemeenschap van winst en verlies zou bestaan onder de voorwaarde, dat bij het overlijden van de eerststervende geen nakomeling uit hun huwelijk in leven zou zijn. De HR achtte zo'n voorwaardelijk huwelijks-goederenrégime conform de conclusie van Procureur-Generaal Wijnveldt ontoelaatbaar en nam derhalve aan, dat partijen in algehele gemeenschap waren gehuwd. De ontoelaatbare voorwaarde werd door de HR vervolgens geconverteerd in een toelaatbaar voorwaardelijk verrekeningsbeding (met als voorwaarde weer het ontbreken van kinderen uit het huwelijk), dat anders dan de door partijen gekozen constructie slechts verbintenissenrechtelijke gevolgen had.

In zijn conclusie voor dit arrest zet PG Wijnveldt uiteen, welke argumenten tegen het toelaten van voorwaarden in de huwelijkse voorwaarden kunnen worden aangevoerd, 'nl., 1e vrees voor beïnvloeding van den eenen echtgenoot door den andere, 2e huwelijksvoorwaarden zijn te beschouwen als een verdrag tusschen de twee families die door het huwelijk met elkaar in aanraking komen, 3e derden, die met de echtgenoten handelen, moeten beschermd worden'. De HR heeft vooral dit laatste argument belangrijk gevonden, hetgeen ook blijkt uit het feit dat een voorwaarde, die zakenrechtelijke consequenties kan hebben, principieel nietig wordt geacht, maar toch wordt omgezet in een voorwaarde die slechts

2. Vgl. o.a. C. Visser, Scènes uit een gemengd huwelijk, *N.R.C. Handelsblad* 29 september 1979 en de recente Nijmeegse dissertatie van S. Theunis, *Zie zien liever mijn handen dan mijn gezicht* (Buitenlanders in ons land), Baarn 1979, waarover A. Las-caris in *De Bazuin* van 15 juli 1979.

3. Met het gebruik van deze term blij ik me trouwens in goed gezelschap te bevinden. Ik trof de term zeer onlangs namelijk ook aan in de door het Vaticaan gepubliceerde 'Lineamenta' voor de algemene R.K. Bisschoppensynode 1980 betreffende 'De functies van het christelijke gezin in de hedendaagse wereld', *Archief van Kerken* 1979, kolom 673.

obligatoire gevolgen kan hebben. Niet elke voorwaarde is dus nietig, maar slechts die voorwaarden, die belangen van derden gevaar doen lopen vanwege de potentiële zakenrechtelijke consequenties.

Het conversie-arrest werd gewezen in een tijd, waarin het onmogelijk was staande huwelijk huwelijkse voorwaarden te maken of te wijzigen. In 1956 werd het wijzigen van het huwelijksgoederenrégime staande huwelijk evenwel mogelijk gemaakt, een mogelijkheid die ook na de invoering van het eerste boek van het N.B.W. in 1970 werd gehandhaafd. De heersende leer over de (on) mogelijkheid van voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden is echter na 1956 en 1970 nog dezelfde als in 1944. Nog steeds worden extern-zakenrechtelijk werkende voorwaarden nietig geacht, intern-obligatoir werkende voorwaarden echter toelaatbaar.<sup>4</sup>

Het is duidelijk, dat het Nederlandse recht geen huwelijksgoederenrégime wenst, waarin de zakenrechtelijke verhoudingen niet onvoorwaardelijk vastliggen. Wijzigingen in de zakenrechtelijke verhouding tussen partijen zijn slechts mogelijk met rechterlijke goedkeuring, welke onder meer dient om de belangen van derden te waarborgen. De vraag naar de mogelijkheid van een voorwaardelijke internationaalprivaatrechtelijke rechtskeuze op gebied van huwelijksgoederenrecht moet m.i. in dit licht worden beantwoord. Een dergelijke voorwaardelijke rechtskeuze (en het maken van met zo'n rechtskeuze samenhangende voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden) is slechts mogelijk, indien door het vervullen van de voorwaarde de zakenrechtelijke verhouding tussen echtgenoten niet rechtstreeks wordt beïnvloed.

Als we deze stelling concretiseren met betrekking tot de vraag naar de mogelijkheid van een voorwaardelijke rechtskeuze in geval van Nederlands-islamitische huwelijken zien we de volgende consequentie: het Nederlandse huwelijksgoederenrecht kent als uitgangspunt de algehele gemeenschap van goederen, het islamitische recht daarentegen brengt de uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen met zich mee. Wordt nu voorwaardelijk voor islamitisch recht gekozen, dan verandert het huwelijksgoederenrégime tussen echtgenoten in geval van vervulling der voorwaarde van algehele gemeenschap van goederen in uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen: het vervullen van de voorwaarde heeft dus externwerkende zakenrechtelijke consequenties. Een dergelijke voorwaardelijke rechtskeuze moet

daarom in verhouding tot het islamitische recht in beginsel als ontoelaatbaar worden beschouwd. Dit is m.i. in beginsel slechts anders, indien tegelijk met de voorwaardelijke rechtskeuze voor islamitisch recht (en de daaraan gekoppelde islamitische huwelijkse voorwaarden) wordt bepaald, dat de echtgenoten indien Nederlands recht toepasselijk is ook buiten elke gemeenschap zijn gehuwd (een en ander eventueel gecombineerd met een verrekeningsbeding).

Het resultaat van deze conclusie is niet eenvoudig: men maakt dan immers alternatieve huwelijkse voorwaarden, daar afhankelijk van het al dan niet vervuld zijn van de aan de rechtskeuze gekoppelde voorwaarde de islamitische of de Nederlandse voorwaarden gelden. Maar hoe dan ook, tussen de echtgenoten bestaat in elk geval uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen. Belangen van derden kunnen daarom niet door vervulling van de voorwaarde direct worden geraakt, nu in de vermogensrechtelijke relatie tussen partijen immers geen zakenrechtelijke verschuivingen optreden.

Dit wil echter nog niet zeggen dat het voor de belangen van derden *dus* niets uitmaakt of in concreto Nederlands recht of het recht van een bepaald islamitisch land van toepassing is. Behalve door de zakenrechtelijke verhouding tussen echtgenoten worden de belangen van derden immers ook beïnvloed door regels, die de aansprakelijkheid voor schulden en de verhaalsmogelijkheid betreffen, zoals b.v. door de regel van art. 1:85 lid 1 BW: 'de ene echtgenoot is naast de andere voor het geheel aansprakelijk voor de door deze ten behoeve van de gewone gang van de huishouding aangegane verbintenissen . . .'. Nu komt de vraag op, of een bepaling als die van art. 1:85 lid 1 BW slechts van toepassing is op verbintenissen aangegaan door echtgenoten op wier vermogensrechtelijke relatie Nederlands recht van toepassing is. Beantwoordt men deze vraag bevestigend, dan zou een rechtskeuze op het gebied van het huwelijksgoederenrecht ten gunste van het recht van een islamitisch land de gelding van art. 1:85 lid 1 BW uitschakelen. Het wordt dan interessant te bekijken of het recht van het betreffende land een regeling kent, die overeenkomt met de genoemde Nederlandse bepaling. Is dit namelijk niet het geval, dan zouden de belangen van derden toch weer worden geraakt, indien voorwaardelijk voor het vreemde recht wordt gekozen en de voorwaarde in vervulling gaat. En in het licht van deze potentiële benadeling van derden is dan opnieuw de vraag actueel, of een

voorwaardelijke rechtskeuze onder dergelijke omstandigheden dan wel geoorloofd is . . . .

In het kader van dit 'naschrift' wil ik deze vraag laten rusten en beperk me tot de opmerking, dat ik de mening ben toegedaan, dat een rechtskeuze (of ruimer: de gelding van een buitenlands huwelijksgoederenrégime) de werking van art. 1:85 BW niet raakt: dit artikel dient van toepassing te zijn op alle verbintenissen, die in Nederland door gehuwde personen ten behoeve van de huishouding worden aangegaan. Een andere visie veroorzaakt voor derden te grote onzekerheid.<sup>5</sup>

*Intussen neemt de zoëven weergegeven opvatting niet weg, dat het – gezien de bovenstaande onzekerheden – uit oogpunt van notariële prudentie zeer onverstandig is om iemand aan te raden een voorwaardelijke rechtskeuze te doen.*

Is er echter misschien toch nog een manier om de invloed, die het islamitische recht in Nederland krijgt door, in geval van Nederlandse islamitische huwelijken, een rechtskeuze voor dit recht te doen, enigszins terug te dringen? Het komt mij voor, dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord: men kan een – onvoorwaardelijke – keuze voor islamitisch recht doen, maar tegelijkertijd in de met de rechtskeuze samenhangende islamitische huwelijkse voorwaarden bedingen, dat – indien partijen op het moment, dat het huwelijk eindigt, in Nederland woonachtig zijn – b.v. wordt afgerekend, als ware men gehuwd in algehele gemeenschap van goederen naar Nederlands recht. Een dergelijke clausule heeft slechts obligatoire werking: vanuit Nederlands perspectief bestaan daarom geen bezwaren. Blijft echter het probleem van erkenning van een dergelijke clausule in een islamitisch land . . . .

4. Asser/Wiarda, *Natuurlijke personen- en familierecht*, negende druk, Zwolle 1957, 249, 250; Asser/De Ruiter/Moltmaker, *Personen- en familierecht*, tiende druk, Zwolle 1976, 162, 163; De Bruijn/Soons/Kleijn, *Het Nederlands huwelijksvermogensrecht*, tweede druk, Arnhem 1972, 150; Klaassens/Eggens/Luijten, *Huwelijksgoederen- en erfrecht*, Zwolle 1973, 225, 226; Anders: De Bruijn, *Het Nederlands huwelijksvermogensrecht*, Arnhem 1959, 142-145.

5. Vgl. Erauw, *De collisioneelrechtelijke aanknoping van het patrimoniale basisstatuut ('primaire statuut') van het huwelijk*, *Rechtskundig Weekblad* van 2 december 1978, kolom 881-896.